

**BYGHERRE
FORENINGEN**

København den 15. november 2021/mkf/hlb

Udbudslovens udfordringer i forhold til gældende EU-ret

Notat udarbejdet ifm. foretræde for Erhvervsudvalget den 18. november 2021

Følgende er en juridisk introduktion til udbudsloven, og de juridiske udfordringer loven har i forhold til EU-retten.

Udbudsloven blev vedtaget i 2016, mens Lovforslag L 125 om ændringer til udbudsloven blev fremsat 12. december 2018 og vedtaget den 5. marts 2019. Lovforslaget indeholdt tre ændringer til udbudsloven, hvoraf to af ændringerne efter Bygherreforeningens opfattelse formentlig er i strid med EU-retten men under alle omstændigheder uhensigtsmæssige.

Med lovforslaget foreslog Erhvervsministeriet følgende to ændringer i udbudsloven, som vil blive behandlet her.

§ 159 stk. 8 (tvungen to-kuvert system)

Stk. 8. Ved offentligt eller begrænset udbud af offentlige bygge- og anlægskontrakter med en anslået værdi på mere end 350 mio. kr. eksklusive moms, hvor ordregiver anvender tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. § 162, stk. 1, nr. 3, skal ordregiver foretage evalueringen af de kvalitative kriterier uden kendskab til evalueringen af priskriteriet, jf. dog stk. 9. Ved gennemførelse af udbud omfattet af 1. pkt. finder § 7 i lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ikke anvendelse

§ 160 (tvungen fremlæggelse af samtlige evalueringsmodeller)

Stk. 1. En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene

Stk. 2. En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.

Tvungen to-kuvert system

Om begrundelsen for indførelsen af § 159 stk. 8 fremgår følgende af forarbejderne:

Hvis ordregiver i de tilfælde, hvor tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet, kender prisen i tilbuddet på det tidspunkt, hvor tilbuddets kvalitet skal vurderes, kan der således være risiko for, at dette får en utilsigtet, afsmittende effekt på vurderingen af kvaliteten.

-

Pligten indføres kun for offentligt eller begrænset udbud af større bygge- og anlægskontrakter, da det er Erhvervsministeriets vurdering, at risikoen som forslaget har til formål at fjerne, er størst på denne type kontrakter.

For en god ordens skyld bemærkes det, 1) at en under- eller overvurdering af kvaliteten i forhold til prisen allerede er i strid med udbudsdirektivet, og 2) at der er ikke skyggen af dokumentation for, at ulovlig sammenblanding af pris- og kvalitetskriterier skulle være et særligt problem i bygge- og anlægssektorens store projekter.

Tvungen fremlæggelse af samtlige evalueringsmodeller

Om begrundelsen for ændringen af § 160 stk.1 fremgår følgende af lovforslagets forarbejder:

Erhvervsministeriet finder det i denne forbindelse hensigtsmæssigt at indføre et tydeligt krav om, at alle dele af evalueringsmodellen skal fremgå af udbudsmaterialet. Formålet med den foreslåede bestemmelse er at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgiveres mulighed for at optimere tilbud.

Lovforslaget indeholder ingen analyse af følgende indsigelser mod lovforslaget:

- Det øger risikoen for en priskoordinering mellem tilbudsgivere (en såkaldt mestergris)
- Det bliver nemmere at placere sit bud, så evalueringsmodellen er uegnet til en fair bedømmelse, hvilket betyder annullation af udbuddet (hacking af modellen).
- Det animerer til snævert fokus på at vinde konkurrencen frem for at tilbyde den ønskede ydelse til en konkurrencedygtig pris (gamification).
- Det kan tvinge ordregiver til at fremlægge en række af successive evalueringsmodeller for at være sikker på at have en brugbar men fremlagt evalueringsmodel, hvilket giver det modsatte af gennemsigtighed.

Samlet set et ganske kontroversielt forslag som af Danske Regioner, KL, Moderniseringsstyrelsen m.fl. i hørings svar også blev kaldt for uden reelt grundlag, overimplementering og omkostningstungt for alle parter.

Lovforslagets ulovlige indhold

Der er i lovforslagets forarbejder ikke lavet analyser af lovforslagets overensstemmelse med EU-retten. Der er kun standardteksten om, at lovforslaget ikke indeholder EU-retlige aspekter. Det er under alle omstændigheder forkert.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse

Gennemgangen af regelændringerne er til gengæld beskrevet i kapitel 11 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evalueringsrapport af udbudsloven af maj 2021. Vedrørende lovligheden af lovændringerne har rapporten (s. 183) denne kortfattede bemærkning:

Da udbudsdirektivet ikke er udtryk for totalharmonisering af området for offentlige kontrakter, og da bestemmelsen ikke er i strid med de øvrige bestemmelser i direktivet eller EU-principperne, er en sådan mere vidtgående regel ikke i strid med EU-retten.

Efter arbejdsgruppens arbejde med evalueringsrapporten har Bygherreforeningen foretaget en nærmere vurdering af de to gennemgåede lovændringer i L 125, og er af den opfattelse, at ændringerne i § 159 stk. 8 og § 160 stk. 1 er i strid med EU-retten.

Af TEUF art. 2 stk. 2 fremgår det, at medlemsstaterne udøver deres kompetence i det omfang Unionen ikke har udøvet sin. Det betyder, at medlemsstaterne alene bevarer deres ret til at vedtage alternative regler til et direktiv, hvis direktivet enten er udtryk for en minimumsharmonisering, eller hvis direktivet udelader delemner indenfor direktivets generelle hovedemne.¹

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens forståelse omkring totalharmonisering som det afgørende parameter for afvigelser til direktivet bygger derfor på en forældet opfattelse af EU-rettens principper for implementering af direktiver og særligt udbudsdirektivet.²

Udbudsdirektivet er generelt kendetegnet ved en stor detaljegråd i reguleringen af kompetencetildelinger og udbudsreglernes forskellige pligter og rettigheder indenfor direktivets område. Dette for at sikre udførelsen af EU-lovgivers vilje med hensyn til balancen mellem direktivets mangeartede hensyn og principper i en overvejende ensartet samordning af de nationale udbudsprocedurer. Udbudsdirektivet kan på den baggrund ikke anses for at være et udtryk for minimumsharmonisering, hvorfor udbudsdirektivet alene giver den nationale lovgiver en særlig mulighed for at regulere på udbudsdirektivets

¹ Se EU-Karnovs note til TEUF art. 2 stk. 2

² For en større gennemgang af EU-rettens muligheder for national særregulering se Det nationale råderum ved gennemførelse af EU-regler v/ Jens Blom-Hansen m.fl., Djøf Forlag, 2021.

område, i det omfang direktivet giver specifik hjemmel til det.³ En oversigt over national lovgivers hjemler findes i bilagene til Udbudslovsudvalgets rapport (s. 833ff), der i øvrigt ikke ses at have behandlet emnet nærmere.

Ingen af de oplistede hjemler giver imidlertid den nationale lovgiver mulighed for særligt at regulere ordregivende myndigheders offentliggørelse af evalueringsmodel eller valg af evalueringsproces. Det skyldes, at udbudsdirektivet tildeler den ordregivende myndighed kompetencen til dels at sikre passende gennemsigtighed i udbuddet og dels forestå fastsættelsen af tildelingskriterier til brug for sammenligning af tilbud.⁴

EU-Domstolen har i dommen C-6/15 TNS Dimarso blot genbekræftet den forståelse i dommens præmisser 28-30 med henvisning til det bagvedliggende hensyn, nemlig at et bedømmelsesudvalg skal råde over en vis frihed ved opfyldelsen af dets opgave, og det kan således uden at ændre de i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen fastsatte tildelingskriterier strukturere sit arbejde med at undersøge og analysere de afgivne tilbud (jf. dom af 21.7.2011, Evropaïki Dynamiki mod EMSA, C-252/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:512, præmis 35).

Det betyder ifølge EU-Domstolen, at Den ordregivende myndighed skal kunne tilpasse den bedømmelsesmetode, som den vil anvende med henblik på at vurdere og klassificere tilbuddene, i forhold til den konkrete sags omstændigheder, jf. samme doms præmis 30 (vores understregninger).

Opsummering

Samlet set er det Bygherreforeningens klare opfattelse, at direktivet i dets generelle afbalancering af de bagvedliggende hensyn entydigt har tildelt kompetencen til at vurdere relevansen af offentliggørelse af evalueringsmodeller samt kompetencen til at tilrettelægge selve evalueringsprocessen til den ordregivende myndighed og ikke en national lovgiver. Enhver lovgivning der flytter den kompetence væk fra den ordregivende myndighed, er således i strid med EU-retten. Også af den årsag opfordrer Bygherreforeningen til en revision af udbudsloven med fokus på nyeste retspraksis.

³ Se eksempelvis generaladvokatens forslag til C-178/16 præmis 51

⁴ Se udbudsdirektivets betragtninger 90 og 92